



UNIVERSITY OF TAMPERE

This document has been downloaded from
TamPub – The Institutional Repository of University of Tampere



Publisher's version

The permanent address of the publication is
<http://urn.fi/URN:NBN:fi:uta-201406091687>

Author(s):	Huhtanen, Raija
Title:	Kunnan sosiaali- ja terveystalveluiden yksityistäminen: oikeudellinen näkökulma
Main work:	Julkisen ja yksityisen rajalla : julkisen palvelun muutos
Editor(s):	Anttonen, Anneli; et al.
Year:	2012
Pages:	81-110
ISBN:	978-951-44-8910-5
Publisher:	Tampere University Press
Discipline:	Law
School /Other Unit:	School of Management
Item Type:	Article in Compiled Work
Language:	fi
URN:	URN:NBN:fi:uta-201406091687

All material supplied via TamPub is protected by copyright and other intellectual property rights, and duplication or sale of all part of any of the repository collections is not permitted, except that material may be duplicated by you for your research use or educational purposes in electronic or print form. You must obtain permission for any other use. Electronic or print copies may not be offered, whether for sale or otherwise to anyone who is not an authorized user.

KUNNAN SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUIDEN YKSITYISTÄMINEN: OIKEUDELLINEN NÄKÖKULMA

Raija Huhtanen

Johdanto

Tarkastelen tässä artikkelissa kunnan sosiaali- ja terveyspalvelujen yksityistämistä, tarkemmin sanoen palvelujen yksityistämisen *oikeudellisia edellytyksiä ja rajoituksia* sekä toisaalta yksityistämisen *vaikutuksia palvelun käyttäjän oikeudelliseen asemaan*.¹ Kysymys on sellaisista sosiaali- ja terveyspalveluista, joita kunta on lain mukaan velvollinen järjestämään asukkaalleen ja kiireellisessä tapauksessa muillekin kunnassa oleskeleville henkilöille.

Kunnan tulee lain mukaan järjestää asukkaalleen monenlaisia sosiaali- ja terveydenhuollon neuvonta-, avo- ja laitospalveluja. Kunnalle kuuluvia lakisääteisiä sosiaalipalveluja ovat esimerkiksi kotipalvelut, asumispalvelut, vanhuksille tarkoitettu laitoshuolto, lasten ja nuorten huolto, lasten päivähoido, vammaisille henkilöille tarkoitettut palvelut ja tukitoimet sekä päihdehuollon palvelut.

1. Artikkelini on kirjoitettu kesäkuussa 2011. Lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä sen jälkeen tapahtuneita muutoksia on voitu ottaa huomioon vain rajoitetusti.

Kunnan velvollisuudesta järjestää näitä palveluja säädetään sosiaalihuoltolaissa (710/1982) ja sosiaalihuollon erityislaeissa².

Kunnan järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvat terveyspalvelut muodostuvat perusterveydenhuollosta ja erikoissairaanhoidosta. Niistä säädetään kansanterveyslaissa (66/1972), erikoissairaanhoidolaissa (1062/1989) ja vuonna 2011 voimaan tulleessa terveydenhuoltolaissa (1326/2010). Perusterveydenhuoltoon kuuluvat väestön terveydentilan seuranta, terveyden edistäminen, suun terveydenhuolto, lääkinnällinen kuntoutus, työterveyshuolto, ympäristöterveydenhuolto, päivystys, avosairaanhoito, kotisairaanhoito, kotisairaala- ja sairaalahoito sekä mielenterveystyö ja päihdetyö siltä osin kuin niitä ei järjestetä sosiaalihuollossa tai erikoissairaanhoidossa. Erikoissairaanhoidolla tarkoitetaan puolestaan ”lääketieteen ja hammaslääketieteen erikoisalojen mukaisia sairauksien ehkäisyyn, tutkimiseen, hoitoon, ensihoitoon, päivystykseen ja lääkinnälliseen kuntoutukseen kuuluvia terveydenhuollon palveluja” (terveydenhuoltolain 3 §). Erikoissairaanhoidon järjestämiseksi kunnan tulee kuulua johonkin erikoissairaanhoidolaissa tarkoitettuun sairaanhoitopiiriin kuntayhtymään.

Kunta voi päättää varsin itsenäisesti sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistavan. Se voi hoitaa toiminnan kokonaan itse omalla henkilöstöllä ja omia toimitiloja käyttäen. Se voi sopia palvelun järjestämisestä muun kunnan tai muiden kuntien kanssa tai olla jäsenenä toimintaa hoitavassa (vapaaehtoisessa) kuntayhtymässä. Kunta voi myös hankkia palvelun julkiselta tai yksityiseltä palvelujen tuottajalta (ns. *ostopalvelut*), tai se voi antaa palvelun käyttäjälle *palvelusetelin*, jolla se sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjän kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta hankkiman palvelun kunnan päättämään arvoon asti.

2. Sosiaalihuollon erityislakeja ovat lastensuojelulaki (417/2007), laki lasten päivähoidosta (36/1973), laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista (380/1987), laki kehitysvammaisten erityishuollosta (519/1977) ja päihdehuoltolaki (41/1986).

Kunnan käytössä olevista sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistavoista säädetään sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetussa laissa (STVOL 733/1992) ja kuntalaissa (365/1995). Palveluseteliä koskee lisäksi oma lakinsa (laki sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä 569/2009). Sen mukaan kunta voi käyttää palveluseteliä palvelujen hankkimiseen yksityiseltä mutta ei julkiselta palvelujen tuottajalta.

Yksityistämisen käsitettä käytetään eri alojen tutkimuskirjallisuudessa eri merkityksissä.³ Tässä artikkelissa yksityistämisellä tarkoitetaan – edellä viitattua lainsäädäntöä seuraten – kunnan järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvien sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistä joko niin, että 1) kunta hankkii palvelun yksityiseltä palvelujen tuottajalta tekemällä tämän kanssa ostopalvelusopimuksen tai että 2) kunta antaa palvelun käyttäjälle palvelusetelin palvelun hankkimiseksi kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta.

Yksityistämisen oikeudelliset edellytykset ja rajoitukset

Sosiaali- ja terveyspalvelut julkisina hallintotehtävinä

Tärkein yksityistämistä koskeva säännös on perustuslaissa. Perustuslain 124 §:n mukaan

”[j]ulkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.”

3. Oikeustieteellisestä kirjallisuudesta ks. esim. Rasinmäki 1997, 280 ja Komulainen 2010, 41–49. Muusta kuin oikeustieteellisestä kirjallisuudesta ks. Fredriksson & Martikainen 2006, 13 ja Lith 2011, 17.

Ennen perustuslain voimaantuloa 1.3.2000 kirjoitettu valtiosääntö ei sisältänyt nimenomaista säännöstä julkisen hallintotehtävän yksityistämisestä. Sitovana noudatettiin kuitenkin niin sanottua valtiosääntöoikeudellista virkamieshallintoperiaatetta. Sen mukaan julkista valtaa voivat Suomessa käyttää vain viranomaiset ja niiden nimissä vain laillisesti virkoihinsa nimitetyt virkamiehet. Säättämällä asiasta erikseen perustuslaissa haluttiin korostaa sitä pääsääntöä, että julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee kuulua viranomaisille ja että näitä tehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain rajoitetusti⁴.

Julkisen hallintotehtävän käsite perustuslain 124 §:ssä on laaja. Pykälän perustelujen mukaan sillä viitataan ”verraten laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä” (HE 1/1998 vp s. 7). Myös eduskunnan perustuslakivaliokunta on tulkinnut käsitettä laajasti. Perustuslain tarkoittamia julkisia hallintotehtäviä eivät ole sen mukaan vain perinteiset julkisen vallan käyttöä sisältävät viranomaistehtävät, vaan perustuslain 124 §:n on katsottu soveltuvan moniin muihinkin toimintoihin, joihin liittyy joko tärkeitä julkisia etuja ja/tai jotka ovat merkityksellisiä yksityishenkilöiden aseman ja oikeusturvan kannalta. Käsitteen piiriin voi kuulua sekä viranomaisten hoidettavina olevia että yksityisesti organisoituja toimintamuotoja, tehtäviä ja palveluja.⁵

Julkinen hallintotehtävä voi olla myös palvelutehtävä. Yhtenä esimerkkinä perustuslain 124 §:n alaan kuuluvista palveluluonteisista julkisista hallintotehtävistä on mainittu sosiaalipalvelun tuottaminen silloin, kun palvelun järjestäminen on osoitettu lailla julkisen vallan tehtäväksi. Toimintaan saattaa liittyä tällöin julkisen vallan käyttämistä.⁶ Kunnan tehtäväksi säädetty sosiaali- ja terveystaloustutkimus.

4. Hallituksen esitys uudeksi Suomen hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp) s. 178–179.

5. Lämsä & Koivisto 2010, 452–453 ja siinä viitatu perustuslakivaliokunnan lausunnot.

6. Kerävuori-Rusanen 2008, 233. Hyvinvointivaltiossa perustaloustaloustutkimus perustuslain 124 §:n kannalta tarkemmin sama s. 230–246.

ovat siten perustuslain tarkoittamia julkisia hallintotehtäviä. Tämä koskee myös niiden käytännön toteuttamista (eli tuottamista), kuten potilaan hoitamista sairaalassa. Tällainen tehtävä voidaan antaa yksityiselle vain perustuslain 124 §:n vahvistamin edellytyksin.

Perustuslain mukaan julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle on mahdollista vain lailla tai lain nojalla. Vaatimus räyhtyy kunnan sosiaali- ja terveystalvaeluissa, sillä STVOL ja kuntalaki oikeuttavat kunnan hankkimaan tällaisen palvelun yksityiseltä palvelujen tuottajalta sopimusperusteisesti tai palvelusetelin avulla. Yksityistämisen tulee perustuslain mukaan myös olla ”tarpeen tehtävän tarkoituksen mukaiseksi hoitamiseksi”. Edellytyksen sisältöä ei ole mahdollista tämentää aukottomasti yleisellä tasolla, vaan se määrättyy tapauskohtaisesti. Perustuslaki edellyttää vaihtoehtosten järjestämistapojen kartoittamista sekä niiden huolellista vertailua ja arviointia muun ohessa niiden taloudellisten vaikutusten kannalta ennen kuin yksityistämisestä päätetään. Yksityistämispäätös on voitava perustella palvelun järjestämiseen liittyvin tarpeellisuus- ja tarkoituksen mukaisuusnäkökohdin.

Julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle ei saa vaarantaa perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Tämä perustuslain vahvistama edellytys on vaikuttanut monien hallintotoimintaa sekä sosiaali- ja terveydenhuoltoa koskevien lakien sisältöön. Laeilla on pyritty yleisesti varmistamaan perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon takeiden toteutuminen tilanteessa, jossa julkista hallintotehtävää hoitaa muu kuin viranomainen. Niinpä esimerkiksi hallintolaki (434/2003) velvoittaa lain 2 §:n mukaan varsinaisten viranomaisten lisäksi yksityisiä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Hallintolaissa konkretisoidaan monia hyvän hallinnon vaatimuksia. Siinä säädetään mm. palveluperiaatteesta ja muista hallinnon oikeusperiaatteista (yhdenvertaisuus, luottamuksensuojat jne.) sekä hallintoasiassa noudatettavasta menettelystä, kuten asianosaisen kuulemisesta ja hallintopäätöksen perusteleimisesta.

Hyvän hallinnon, oikeusturvan ja perusoikeuksien toteutumista sosiaali- ja terveydenhuollossa on pyritty edistämään erityisesti kahdella lailla, joita sovelletaan niin julkiseen kuin yksityiseen toimintaan. Kyseiset lait ovat laki potilaan asemasta ja oikeuksista (ns. potilaslaki 785/1992) ja laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (ns. sosiaalihuollon asiakaslaki 812/2000). Ne sisältävät määräyksiä muun muassa potilaan ja sosiaalihuollon asiakkaan tiedonsaantioikeudesta ja itsemääräämisoikeudesta. Määräyksillä konkretisoidaan oikeutta henkilökohtaiseen vapauteen ja oikeutta yksityiselämän suojaan, jotka ovat jokaiselle kuuluvia perusoikeuksia.

Voidaan myös viitata yksityisten sosiaali- ja terveyspalvelujen valvonnasta annettuihin lakeihin⁷ samoin kuin niihin STVOL:n ja palvelusetelilain säännöksiin, jotka velvoittavat kuntaa huolehtimaan siitä, että sen yksityiseltä palvelujen tuottajalta hankkimat palvelut täyttävät samat lakiin perustuvat laatuvaatimukset, jotka koskevat kunnan itse tuottamia palveluita⁸. Kaikki edellä mainitut lait ja säännökset turvaavat omalta osaltaan sitä, että perusoikeudet, oikeusturva ja hyvän hallinnon takeet eivät vaarannu silloin, kun kunta antaa lakisääteisen sosiaali- tai terveyspalvelun tuottamisen yksityisen tehtäväksi.

Perustuslain 124 § velvoittaa paitsi lainsäätäjää myös lainsoveltajaa. Se koskee näin ollen myös yksittäistä kuntaa silloin, kun kunta hankkii järjestämisvelvollisuutensa piiriin kuuluvan palvelun yksityiseltä. Jotta menettely täyttäisi perustuslain edellytykset, kunnan tulee kiinnittää erityistä huomiota palvelun laatuun vaikuttaviin seikkoihin, kuten henkilöstön koulutukseen ja mitoittamiseen, hoidettavien ryhmäkokoihin sekä toimitilojen asianmukaisuuteen ja riittävyYTEEN. Näillä seikoilla on suora yhteys palvelun käyttäjän oikeusturvan ja perusoikeuksien toteutumiseen. Kunnalla on mahdollisuus vaikuttaa kyseisiin asioihin, kun se neuvottelee

7. Laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990) ja laki yksityisistä sosiaalipalveluista (922/2011).

8. STVOL 4,3 §, laki sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä 5,1 §:n 3 kohta.

ostopalvelusopimuksen sisällöstä yksityisen palvelujen tuottajan kanssa tai kun se päättää palvelusetelilain nojalla niiden yksityisten palvelujen tuottajien hyväksymisestä, joiden palveluja se hankkii palvelusetelillä.

Julkisen vallan käyttöä sisältävät sosiaali- ja terveyspalvelut

Vaikka kunta voi perustuslain 124 §:ssä säädetyn edellytyksin antaa lakisääteisen palvelun tuottamisen yksityisen tehtäväksi, se ei voi yleensä yksityistää lakiin perustuvaa palvelun järjestämisvelvollisuutta. Kuntalaki ja STVOL tekevät eron kunnan lakisääteisten tehtävien (eli järjestämisvelvollisuuden) ja toisaalta tehtävien edellyttämien palveluiden (eli palveluiden tuottamisen) välillä. Sallittua on niiden mukaan vain jälkimmäisten yksityistäminen (Tuori 1998, 330–332, Tuori & Kotkas 2008, 54–55, Huhtanen 2005, 127–128).

Mitä kuuluu siihen palvelun tuottamiseen, jonka kunta voi antaa yksityiselle, ja mikä taas on sellaista palvelun järjestämistä, josta kunnan tulee huolehtia itse? Lainsäädäntö ei vastaa kysymykseen tarkasti. Vakiintuneen tulkinnan mukaan rajanveto määräytyy julkisen vallan käytön perusteella. Julkisen vallan käytön uskominen yksityiselle edellyttää perustuslain mukaan yksilöityä valtuutusta eduskuntalaissa (PL 2,3 §). Koska tällaista valtuutusta ei, joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta⁹, sisälly sosiaali- ja terveyspalveluja koskeviin lakeihin, kunta ei voi antaa yksityiselle sellaista palvelun järjestämiseen liittyvää tehtävää, johon kuuluu julkisen vallan

9. Yksi poikkeussäännös sisältyy terveydenhuoltolain 17 §:ään. Sen mukaan yliopistojen ja ammattikorkeakoulujen opiskelijoiden opiskeluterveydenhuolto voidaan järjestää – paitsi kunnan perusterveydenhuoltona – kunnan suostumuksella myös muulla sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston (Valvira) hyväksymällä tavalla. Yliopistoissa opiskelevien terveydenhuollon järjestämisestä vastaa nykyisin Ylioppilaiden terveydenhoitosäätiö (YTHS). Asiasta säädettiin aikaisemmin kansanterveyslain 14 §:ssä. Ks. siihen perustuva eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 27.8.2010.

käyttöä. Terveyspalvelujen osalta asiasta säädetään erikseen uudessa terveydenhuoltolaissa. Julkisen vallan käyttöä sisältävää tehtävää voi sen mukaan hoitaa vain kuntaan tai kuntayhtymään virkasuhteessa oleva henkilö. Kunnassa ja kuntayhtymässä on sen tähden oltava ”tarpeenmukainen henkilöstö terveydenhuollon toimintayksikölle kuuluvia julkista valtaa sisältäviä tehtäviä varten” (terveydenhuoltolain 57 §).

Julkisen vallan käytön sisältö ei ole aivan vakiintunut. Käsitettä ei ole määritelty yhtenäisesti lainsäädännössä, vaan sillä tarkoitetaan eri yhteyksissä hieman eri asioita. Hallintotoiminnan yhteydessä julkisen vallan käyttö ja julkinen hallintotehtävä ovat lähikäsitteitä kuitenkin niin, että ensin mainitun ala on jälkimmäistä suppeampi: vain osa julkisista hallintotehtävistä sisältää julkisen vallan käyttöä. Julkisen vallan käytölle ominaisia piirteitä ovat sitovuus ja yksipuolisuus. Sen ydinaluetta on päättäminen yksityisen henkilön oikeudesta, edusta tai velvollisuudesta taikka puuttuminen muulla tavoin sitovasti yksityisen oikeuspiiriin. Hallintotoiminnassa julkista valtaa käytetään tavallisesti hallintopäätöksiä tekemällä ja niin sanottua tosiasiallista julkista valtaa käyttämällä.

Lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen sisältää monenlaista julkisen vallan käyttöä. Tyypillinen esimerkki on päättäminen konkreettisessa tapauksessa palvelun myöntämisestä tai epäämisestä taikka palvelusta perittävästä asiakasmaksusta. Intensivisemmästä julkisen vallan käytöstä on kysymys silloin, kun henkilö otetaan tahdosta riippumattomaan hoitoon. Tätä tarkoittavasta päätöksestä säädetään esimerkiksi mielenterveyslaissa (1116/1990). Sosiaali- ja terveydenhuollon laitoksessa, kuten mielisairaalassa tai lastensuojelulaitoksessa, olevan henkilön eristäminen ja hänelle tehtävä henkilöntarkastus ovat esimerkkejä tosiasiallisesta julkisen vallan käytöstä, joka ei edellytä määrämuotoista päätöksentekoa. Kaikista mainituista julkisen vallan käyttöä sisältävistä toimista säädetään sosiaali- ja terveydenhuollon laeissa. Lait osoittavat tehtävät viranomaisille eivätkä oikeuta yleensä siirtämään niitä yksityiselle.

Julkisen vallan käyttöä ei sisälly puhtaasti suorittavaan toimintaan, jota sosiaali- ja terveydenhuollossa edustavat tyypillisesti hoitotoimenpiteet ja monet muut palvelujen käytännön toteutusta palvelevat toimet. Niissäkin on silti tavallisesti kysymys sellaisesta julkisesta hallintotehtävästä, jonka yksityistäminen on mahdollista vain perustuslain 124 §:n mukaisin edellytyksin. Tehtävän antamisen tulee tapahtua lailla tai lain nojalla. Yksilöityä valtuutusta ei tällöin välttämättä tarvita, vaan yleisempikin lain säännös – kuten STVOL:n säännökset kunnan oikeudesta hankkia palvelu yksityiseltä tai julkiselta palvelujen tuottajalta – riittää täyttämään perustuslain vaatimuksen.

Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämiseen liittyy monia sellaisia tehtäviä, joiden suhde julkisen vallan käyttöön on epäselvä. Rajatapauksia ovat esimerkiksi eräät hallintoasian vireille tuloon ja valmisteluun kuuluvat toimet eli toimet, jotka ajallisesti edeltävät hallintopäätöksen tekemistä. Niitä ovat palvelun saamista tarkoittavien hakemusten vastaanottaminen, asiakkaiden neuvonta sekä palvelun myöntämisasian selvittäminen. Näiden tehtävien on katsottu sisältävän välillistä julkisen vallan käyttöä, jolla on viitattu niiden epäitsenäiseen luonteeseen varsinaiseen päätöksentekoon nähden.¹⁰ Tehtävien kiinteästä yhteydestä julkisen vallan käyttöön johtuu toisaalta se, että niiden antamista yksityiselle on pidetty mahdollisena vain lakiin otetun yksilöidyn valtuutuksen nojalla.¹¹

Edellä sanottu koskee myös niitä tehtäviä, jotka palvelevat välittömästi lakisääteisen sosiaali- tai terveyspalvelun myöntämistä tai palvelusta perittävää asiakasmaksua koskevaa päätöksentekoa. Laintasaisen yksilöidyn valtuutuksen puuttuessa kunta ei voi antaa yksityiselle esimerkiksi sellaista neuvontatehtävää, joka liittyy palvelun antamisasian käsittelyyn viranomaisessa. Vastaava kielto

10. Hallituksen esitys laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta (HE 196/2002 vp) s. 6–7.

11. Hallintoasian hoitamiseen liittyvän neuvonnan yksityistämisestä ks. eduskunnan oikeusasiamiehen päätös, joka koski ajoneuvohallintokeskukselle kuuluvan, ajoneuvoverotusta koskevan puhelinneuvonnan antamista yksityisen teleyrityksen hoidettavaksi. Oikeusasiamiehen kertomus 2005, 244–247.

koskee palvelutarpeen arviointia eli sen selvittämistä, täyttääkö henkilö laissa vahvistetut palvelun myöntämisedellytykset. Kysymys on tässä tapauksessa hallintoasian valmistelusta, joka kuuluu lain mukaan viranomaiselle.

Tuomioistuimet ja valvontaviranomaiset ovat joutuneet viime vuosina ottamaan usein kantaa terveydenhuollossa tapahtuvaan julkisen vallan käyttöön ja sen yksityistämiseen. Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen sijainen, entinen oikeusasiamies *Riitta-Leena Paunio* antoi vuonna 2010 päätöksen julkisen vallan käytöstä kunnallisessa terveydenhuollossa. Päätös koskee mielenterveyslaissa, tartuntatautilaissa (583/1986) ja päihdehuoltolaissa kunnalle säädettyjä tehtäviä. Sen mukaan monet kunnat ovat ulkoistaneet perusterveydenhuollon päivystys- ja muita palveluja yksityisille lääkäritoimintaa välittävälle yrityksille ja niiden työntekijöille. Tämä on koskenut myös julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä, kuten tarkkailulähetteen ja tarkkailulausunnon laatimista, tarkkailuun ottamisesta päättämistä, virka-apupyynnön tekemistä poliisille sekä potilaan perusoikeuksien rajoittamista tahdosta riippumattoman hoidon ja tutkimuksen aikana. Mainituista tehtävistä säädetään mielenterveyslaissa. Koska laki ei oikeuta antamaan näitä tehtäviä yksityiselle, järjestelyt ovat olleet oikeusasiamiehen mukaan lainvastaisia.

Samansisältöinen tuoreempi kannanotto sisältyy oikeusasiamies *Petri Jääskeläisen* päätökseen vuodelta 2011. Sen mukaan tarkkailulähetteen laatiminen samoin kuin terveydenhuoltolaissa tarkoitettu virka-avun antaminen poliisille elävän henkilön kliinisen tutkimuksen suorittamiseksi ovat lääkärille kuuluvia julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä, joita kunta ei voi yksityistää. Oikeusasiamiehen mukaan kunnan tai kuntayhtymän tekemä ostopalvelusopimus yksityisen palvelujen tuottajan kanssa ei ole riittävä oikeusperusta julkisen vallan käyttöä sisältävien kunnan tai kuntayhtymän tehtävien hoitamiseksi, koska julkisen vallan käyttöä koskevan toimivallan tulee perustua nimenomaiseen lainsäätöön.¹² Niin

12. Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 15.12.2011.

ikään tuoreessa oikeuskäytännössä on katsottu, että tarkkailulähetteen laatiminen edellyttää julkisen vallan käyttämistä eikä ole siksi annettavissa yksityiselle, esimerkiksi yksityisen palvelujen tuottajan työntekijälle.¹³

Tarkkailulähetteestä säädetään mielenterveyslaissa. Tarkkailulähetete on ensimmäinen vaihe menettelyssä, joka voi päättyä henkilön määräämiseen tahdosta riippumattomaan psykiatriseen hoitoon. Tarkkailulähetteen laatii lääkäri. Lähetteen tulee sisältää ”perusteltu kannanotto siitä, ovatko edellytykset [tahdosta riippumattomaan] hoitoon määräämiseen todennäköisesti olemassa” (mielenterveyslain 9,2 §). Selostetun valvonta- ja oikeuskäytännön nojalla tarkkailulähetteen laatimiseen sisältyvästä julkisen vallan käytöstä ei vallitse enää epäselvyyttä, kuten ei siitäkään, ettei voimassa oleva lainsäädäntö salli tämän tehtävän antamista yksityiselle. Sama johtopäätös koskee mielenterveyslain mukaista tahdosta riippumattomaan hoitoon määräämistä samoin kuin sitä edeltävää tarkkailulausunnon laatimista ja päätöstä tarkkailuun ottamisesta.

Vakiintuneen käsityksen mukaan julkisen vallan käyttöä ei sitä vastoin sisälly terveydenhuoltolaissa tarkoitetun lähetteen kirjoittamiseen. Terveydenhuoltolain 52 §:n mukaan henkilön ottaminen erikoissairaanhoidon sairaalaan kiireetöntä sairaanhoitoa varten edellyttää lääkärin tai hammaslääkärin tutkimukseen perustuvaa lähetettä. Kysymys on vapaaehtoisuuteen perustuvasta hoidosta. Lähetteen saapuminen luo sairaanhoitopiirin sairaalalle tai muulle erikoissairaanhoidon toimintayksikölle velvollisuuden arvioida hoidon tarve määrääjassa, tavallisesti kolmessa kuukaudessa, ja

13. Kuopion hallinto-oikeuden päätökset 16.6.2010 10/0358/7, 21.12.2010 10/0608/2 ja 13.6.2011 11/0351/7. Päätöksissä viitataan mm. mielenterveyslain 29 §:ään, jossa säädetään terveyskeskuslääkärin velvollisuudesta laatia tarkkailulähetete silloin, kun on syytä epäillä, että edellytykset terveyskeskuksen toimialueella asuvan tai oleskelevan hoitoon määräämiseen hänen tahdostaan riippumatta ovat olemassa. Merkitystä päätösten lopputuloksille on siten ollut myös sillä, että kyse oli laissa terveyskeskuslääkärille nimenomaisesti säädetystä toimintavelvollisuudesta. Kahdessa jälkimmäisessä päätöksessä hallinto-oikeus totesi, että mielen-terveyslain mukaiseen tarkkailuun lähettäminen sisältää merkittävää julkisen käyttöä, joka voidaan perustuslain 124 §:n mukaan antaa vain viranomaiselle.

asianomaiselle henkilölle tätä tarkoittavan oikeuden. Tarpeellinen hoito ja neuvonta on järjestettävä niin ikään säädetyssä määrääjassa, viimeistään kuudessa kuukaudessa. Lähetteen laatimisella on siten vaikutusta yksityisen ihmisen oikeusasemaan, hänen etuihinsa ja oikeuksiinsa. Vallitsevan käytännön mukaan lähetteen voi kuitenkin laatia myös yksityisen palveluksessa oleva laillistettu lääkäri, vaikka asiaa tarkoittavia nimenomaisia säännöksiä ei sisälly voimassa oleviin lakeihin.¹⁴

Toinen rajanvedon vaikeutta kuvaava esimerkki terveydenhuollosta on lääkemääräyksen antaminen. Sekin kuuluu lain mukaan laillistetun lääkärin ja laillistetun hammaslääkärin tehtäviin. Lääkärin kirjoittama lääkemääräys oikeuttaa siinä yksilöidyn henkilön saamaan lääkkeen käyttöönsä, jolloin apteekin tulee luovuttaa se hänelle.¹⁵ Lähetteen tavoin lääkemääräykselläkin on siten merkitystä yksityisen oikeusasemalle. Korkein oikeus katsoi kuitenkin päätöksessään *KKO:2008:78*, että lääkemääräyksen antaminen ei sisällä julkisen vallan käyttöä (äänestys 3–2). Kysymys oli rikoslaissa tarkoitettusta julkisen vallan käytöstä. Ratkaisua perusteltiin lääkkeiden määräämisen kuulumisella hoitosuhteeseen, jota ”ei voida luonnehtia sellaiseksi yksipuoliseksi määräämiseksi potilaan oikeuksista ja eduista mitä julkisen vallan käytöllä tarkoitetaan”. Hoitosuhde sisältää päätöksen mukaan myös potilaan tahdon ja näkemysten huomioon ottamisen sekä pyrkimyksen saavuttaa yhteisymmärrys hoidollisissa kysymyksissä.

14. Vrt. korkeimman oikeuden ratkaisu *KKO:1998:79*, joka koski Tampereen yliopistollisen sairaalan antamaa lähetettä Virossa suoritettavaan sydämen ohitusleikkaukseen. Ratkaisun mukaan sairaala oli käyttänyt julkista valtaa, kun se oli antanut potilaanaan olleelle henkilölle lähetteen ohitusleikkaukseen toisessa sairaalassa. Kysymys oli vahingonkorvauslain (413/1974) tarkoittamasta julkisen vallan käytöstä. Lähetä ei ollut kuitenkaan tässä tapauksessa erikoissairaanhoitoon pääsyä edellyttävä lääkärin lähetä vaan rinnastui sairaalan antamaan maksusitoumukseen, sillä kysymys oli ohitusleikkauksen hankkimisesta ostopalveluna.

15. Laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä (559/1994) 22 § ja sen nojalla annettu sosiaali- ja terveysministeriön asetus lääkkeen määräämisestä (1088/2010).

Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävät sosiaali- ja terveystalvelut

Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävä tehtävä voidaan antaa perustuslain 124 §:n mukaan vain viranomaiselle. Tehtävän yksityistäminen ei ole siten mahdollista edes tavallisella eduskuntalailla. Merkittävänä julkisen vallan käyttönä pidetään pykälän perusteluissa esimerkiksi ”itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja tai puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin” (HE 1/1998 vp s. 179/II). Eduskunnan perustuslakivaliokunta on tulkinnut käsitettä melko tiukasti pitäytyen perustuslain esitöissä esitettyyn luonnehdintaan (Länsineva & Koillinen 2010, 445–456, Keravuori-Rusanen 2008, 418 ja Huhtanen 2005, 136).

Sosiaali- ja terveystalveluiden järjestäminen ei edellytä tavallisesti merkittävää julkisen vallan käyttämistä. Poikkeuksena ovat tahdosta riippumattomat toimet ja eräät niihin liittyvät tehtävät. Niistä säädetään mielenterveyslaissa, tartuntatautilaissa, lastensuojelulaissa, päihdehuoltolaissa sekä kehitysvammaisten erityishuollosta annetussa laissa. Päätös määrätä henkilö tahdosta riippumattomaan hoitoon tai jatkaa tällaista hoitoa rajoittaa merkittävästi yksilön perusoikeuksia ja etenkin hänen henkilökohtaista vapauttaan. Kysymys on sellaisesta merkittävästä julkisen vallan käytöstä, joka voi perustuslain mukaan kuulua vain viranomaiselle.¹⁶ Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältyy myös lapsen tahdonvastaisesta huostaanotosta päättämiseen, josta säädetään lastensuojelulaissa. Päätöksellä puututaan jokaiselle perus- ja ihmisoikeutena turvattuun perhe- ja yksityiselämän suojaan.

Mielenterveyslaissa, päihdehuoltolaissa ja lastensuojelulaissa määrätään myös erityisistä rajoituksista ja pakotteista, joita voidaan käyttää säädetyin edellytyksin sosiaali- ja terveydenhuollon laitoksessa olevaan henkilöön. Tällaisia rajoituksia ovat esimerkiksi eristäminen,

16. Mielenterveyslaissa tarkoitettu hoitoon määräämisestä ks. myös eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 4.3.2010 s. 24.

sitominen, henkilöntarkastus, henkilönkatsastus, yhteydenpidon rajoittaminen, tahdonvastainen hoito sekä omaisuuden haltuunotto. Näillä toimilla rajoitetaan jokaiselle kuuluvia perus- ja ihmisoikeuksia, kuten oikeutta henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen, oikeutta yksityiselämän suojaan sekä omaisuuden suojaa. Yleisesti on vaikea arvioida sitä, milloin rajoitukset ovat siinä määrin merkittäviä, että ne täyttävät perustuslain tarkoittaman merkittävän julkisen vallan käytön tunnusmerkit eivätkä ole siksi annettavissa yksityiselle. Asiasta on esitetty erilaisia näkemyksiä.

Eduskunnan oikeusasiamiehen mukaan ”ainakin pitempiaikaisesta eristämisestä päättäminen” on sellaista merkittävää julkisen vallan käyttöä, joka voi perustuslain mukaan kuulua vain viranomaiselle¹⁷. Eduskunnan perustuslakivaliokunta on puolestaan katsonut, että useimmat lastensuojelulakiin sisältyvät rajoitustoimet – kuten enintään 30 vuorokautta kestävä lapsen ja hänen läheisensä välisen yhteydenpidon rajoittaminen, eristäminen sekä lapsen tilojen, omaisuuden ja lähetysten tarkastaminen – eivät sisällä sillä tavoin merkittävää julkisen vallan käyttöä, että niitä ei voitaisi antaa lailla yksityisille lastensuojelulaitoksille. Tulkintaa perusteltiin lapsen edulla ja muilla sääntelyn ”lastensuojeluun liittyvillä erityispiirteillä” (perustuslakivaliokunnan lausunto 5/2006 vp s. 8–9).

Yksityistämisen vaikutukset sosiaali- ja terveystalvelujen käyttäjän asemaan

Alustavia näkökohtia

Millä tavoin kunnan lakisäateisten sosiaali- ja terveystalvelujen yksityistäminen vaikuttaa palvelun käyttäjän asemaan? Asiaa tarkasteltaessa on syytä tehdä ero tosiasiallisten ja oikeudellisten vaikutusten välillä. Huomiota kiinnitetään tässä yhteydessä vain jälkimmäisiin

17. Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 4.3.2010 s. 25–26. Ks. myös Huhtanen 2005, 141.

eli sellaisiin yksityistämisen vaikutuksiin, jotka kohdistuvat palvelun käyttäjän oikeudelliseen asemaan, toisin sanoen hänen oikeuksiinsa, velvollisuuksiinsa tai oikeudellisesti suojattuihin etuihinsa.

Yksityistämisen vaikutukset palvelun käyttäjän oikeudelliseen asemaan eivät näytä kokonaisuudessaan muodostuvan kovin merkittäviksi. Syynä ovat edellä tarkastellut seikat. Perustuslaki asettaa lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalvelujen yksityistämislle rajoituksia ja edellytyksiä, jotka koskevat etenkin julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä. Juuri nämä tehtävät ovat tärkeitä yksityisen oikeusaseman kannalta. Monissa sosiaali- ja terveyspalveluja sekä hallintotoimintaa koskevissa laissa on nykyisin varauduttu yksityistämiseen säätämällä julkista hallintotehtävää hoitavalle yksityiselle vastaava velvollisuus kuin julkiselle viranomaiselle ottaa toiminnassa huomioon perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimukset.

Sosiaali- ja terveyspalvelun yksityistäminen ei saa lain mukaan vaikuttaa palvelun laatuun, ei ainakaan sitä heikentävästi. Onpa kysymys kunnan yksityiseltä sopimusperusteisesti ostamasta tai palvelusetelin avulla hankkimasta palvelusta, palvelun tulee vastata vähintään ”sitä tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta”. Vaatimus sisältyy sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelu- ja valtionavustuslakiin samoin kuin sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä annettuun lakiin. Se velvoittaa kuntaa valvomaan sen yksityiseltä hankkimien palvelujen laatua. Samalla se konkretisoi omalta osaltaan perustuslain 124 §:n määräystä, jonka mukaan yksityistäminen ei saa vaarantaa perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia.

Kunnan tulee varmistua palvelujen laadusta ennen yksityistämisestä päättämistä ja valvoa sitä sen jälkeenkin. Ostopalvelujen kohdalla laadunvalvonta liittyy palvelujen kilpailuttamiseen¹⁸ ja

18 Kilpailuttamisvelvollisuudesta säädetään Euroopan unionin lainsäädännössä ja julkisista hankinnoista annetussa laissa (348/2007). Hankintalaki koskee, hankinnan arvosta tosin riippuen, kunnan ja ulkopuolisen palvelujen tuottajan väliseen ostopalvelusopimukseen perustuvaa palveluhankintaa mutta ei palvelujen järjestämistä palvelusetelin avulla. Hankintalainsäädäntö on rajattu tämän artikkelin ulkopuolelle.

palveluhankinnasta sopimiseen. Palveluseteliä käyttävän kunnan tulee varmistua palvelujen laadusta, kun se hyväksyy ne yksityiset palvelujen tuottajat, joiden palveluja sen antamalla palvelusetelillä voidaan ostaa. Palvelusetelilaki vahvistaa yksityisille palveluille ja niiden tuottajille laatuvaatimuksia, joiden täyttyminen on edellytys kunnan hyväksymispäätökselle. Yksi vaatimus on, että palveluiden tuottaja täyttää ”kunnan erikseen asettamat asiakkaiden tai asiakasryhmien tarpeisiin, palvelujen määrään tai laatuun tai kunnan olosuhteisiin liittyvät taikka muut vastaavat vaatimukset” (palvelusetelilain 5,1 §). Kunnan on peruutettava hyväksyminen, jos laissa vahvistetut edellytykset eivät enää täyty.

Yksityisiä sosiaali- ja terveyspalveluja valvovat kuntien lisäksi aluehallintovirasto ja Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto (Valvira), jotka ovat valtion viranomaisia, sekä ylimmät laillisuudenvalvojat eli eduskunnan oikeusasiamies ja valtioneuvoston oikeuskansleri. Aluehallintoviraston ja Valviran valvonnan piiriin kuuluvat kaikki yksityiset sosiaali- ja terveyspalvelut. Valvontakeinoista säädetään tarkemmin yksityisiä sosiaali- ja terveyspalveluja koskeissa laeissa.

Oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin tehtävänä on valvoa viranomaisten sekä virkamiesten ja julkisyhteisön työntekijöiden toiminnan lainmukaisuutta. Valvonta ulottuu myös ”julkisia tehtäviä” hoitaviin yksityisiin (PL 108 ja 109 §). Julkisesta tehtävästä on kysymys muun ohessa silloin, kun yksityinen tuottaa kunnan järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvia palveluja esimerkiksi kunnan kanssa tekemänsä ostopalvelusopimuksen nojalla. Kunnan päätös hankkia lakisääteinen palvelu yksityiseltä ei siten vaikuta oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen harjoittamaan laillisuusvalvontaan.

Lakisääteistä sosiaali- tai terveyspalvelua haetaan kunnalta. Päätoşvalta palvelun myöntämisestä tai epämisestä yksittäisessä tapauksessa kuuluu kunnalle siitä riippumatta, tuottaako se palvelun itse vai hankkiiko se sen yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Niin ikään palvelusta perittävästä asiakasmaksusta päättäminen on kunnan tehtävä,

jota se ei voi antaa yksityiselle. Päätöksenteko sisältää kummassakin tapauksessa julkisen vallan käyttöä, joka ei ole voimassa olevan lain mukaan yksityistettävissä. Palvelun myöntämistä tai asiakasmaksua koskevaan kunnan viranhaltijan päätökseen on mahdollisuus hakea oikaisua kunnan asianomaiselta toimielimeltä (esim. lautakunnalta). Toimielimen päätöksestä voidaan valittaa hallinto-oikeuteen.¹⁹ Oikeus oikaisuvaatimuksen ja valituksen tekemiseen on asianosaisella eli palvelun tarvitsijalla. Palvelun järjestämistapa ei vaikuta näiden oikeusturvakeinojen käyttöön.

Palvelun järjestämistavalla ei ole merkittävää vaikutusta muihinkin palvelun käyttäjän käytössä oleviin osallistumis-, vaikuttamis- tai reagointikeinoihin. Asianosaisen oikeudesta tulla kuulluksi säädetään hallintolaissa. Hallintolaki koskee paitsi viranomaisia myös julkista hallintotehtävää hoitavia yksityisiä ja siten myös sellaista yksityistä palvelujen tuottajaa, jolta kunta hankkii järjestämisvelvoitustensa piiriin kuuluvia sosiaali- ja terveystalvaeluja. Potilaslain ja sosiaalihuollon asiakaslain säännökset potilaan ja sosiaalihuollon asiakkaan itsemääräämisoikeudesta ja osallistumisesta velvoittavat yksityisiä palvelujen tuottajia siinä missä julkisiakin.

Niin ikään potilaslakiin ja sosiaalihuollon asiakaslakiin perustuva muistutusmenettely on käytössä sekä julkisissa että yksityisissä sosiaali- ja terveydenhuollon toimintayksiköissä. Muistutuksen sijasta tai sen rinnalla palveluun tyytymätön asiakas voi kannella

valvontaviranomaiselle, kuten aluehallintovirastolle ja eduskunnan oikeusasiamiehelle. Tämäkään mahdollisuus ei riipu palvelun järjestämistavasta. Varsinaiset muutoksenhakukeinot (oikaisuvaatimus ja valitus) eivät tule sitä vastoin yleensä kysymykseen silloin, kun tyytymättömyys kohdistuu palvelun käytännön toteutukseen, kuten potilaan hoitoon sairaalassa. Tällaisessa toiminnassa ei syn-

19. Terveystalvaeluiden kohdalla sovelletaan kuitenkin vakiintuneesti hallintoriitamenttelyä. Lääkärin päätöstä evätä haettu terveystalvaelu ei pidetä oikeuskäytännössä yleensä sitovana hallintopäätöksenä, josta voitaisiin valittaa. Palvelun hakija voi sen sijaan saattaa erimielisyyden hallinto-oikeuden ratkaistavaksi hallintoriitamenttelyssä. Kyseisestä menettelystä säädetään hallintolainkäyttölaissa (586/1996).

ny yleensä valituskelpoisia hallintopäätöksiä. Sanottu koskee niin julkisesti kuin yksityisesti tuotettuja palveluja.

Yksityistämisen vaikutus palveluista perittäviin maksuihin

Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista säädetään niitä koskevassa laissa ja asetuksessa.²⁰ Maksu voidaan periä asiakkaan maksukyvyn mukaan. Se ei saa kuitenkaan ylittää palvelun tuotantokustannuksia. Osa kuntien sosiaali- ja terveystalouksista on säädetty laissa maksuttomiksi. Jos kunta järjestää sosiaali- ja terveystalouksien ostopalveluna, sen tulee asiakasmaksulain mukaan periä palvelun käyttäjältä samat maksut ja korvaukset kuin itse tuottamastaan vastaavista palveluista.

Palveluseteli on sitä vastoin, muutamien poikkeuksin²¹, irrotettu sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksujärjestelmästä. Palvelun käyttäjältä ei peritä sen yhteydessä asiakasmaksua, vaan hän maksaa omavastuusuuden, jonka enimmäismäärää ei ole vahvistettu laissa. Omavastuu voi olla siten suurempi kuin se asiakasmaksu, jonka kunta perii itse tuottamastaan tai ostopalveluna hankkimastaan vastaavasta palvelusta.²² Palvelusetelin arvo tulee kuitenkin määrätä asiakkaan kannalta ”kohtuulliseksi” (palvelusetelilain 7,1 §). Yhtenä näkökohtana on tällöin otettava huomioon arvioitu omavastuusuus. Setelin arvoa tulee korottaa, jos ”asiakkaan tai hänen perheensä toimeentulo tai asiakkaan lakisääteinen elatusvelvollisuus muutoin

20. Laki sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista (734/1992), asetus sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista (912/1992).

21. Tärkeä poikkeus koskee asiakasmaksulaissa maksuttomiksi säädettyjä palveluja. Niiden hankkimiseksi annettavan palvelusetelin arvo tulee määrätä yleensä niin, ettei asiakkaan maksettavaksi jää omavastuusuutta.

22. Kun palvelusetelilakia käsiteltiin eduskunnassa, sosiaali- ja terveysvaliokunta ilmaisi huolensa siitä, että asiakkaalle jäävä omavastuusuus saattaa nousta joissakin tilanteissa verrattain korkeaksi asiakasmaksuihin verrattuna (StVM 14/2009 vp). Lain hyväksyessään eduskunta edellytti, että sosiaali- ja terveydenhuollon maksukattojärjestelmää uudistettaessa hallitus selvittää, millä tavoin palvelusetelin omavastuusuus huomioidaan maksukaton kertymisessä (eduskunnan vastaus 67/2009 vp).

vaarantuu, taikka se on tarpeen muut huollolliset näkökohdat huomioon ottaen” (palvelusetelilain 8,2 §).

Sosiaali- ja terveystalveluja järjestäessään kunnan tulee ottaa huomioon asiakkaan toivomukset ja mielipide muun ohessa silloin, kun kysymys on palvelun sisällöstä ja järjestämistavasta. Sosiaalipalvelujen osalta asiasta säädetään sosiaalihuollon asiakaslaissa. Asiakkaalla ei ole silti yleensä oikeutta vaatia palvelun järjestämistä tietyllä tavalla, vaan järjestämistavasta ja sisällöstä päättää viime kädessä viranomainen. Palvelusetelilaki vahvistaa kuitenkin asiakkaalle oikeuden kieltäytyä hänelle tarjotusta palvelusetelistä, jolloin kunnan tulee ohjata hänet muilla tavoin järjestämiensä palvelujen piiriin. Kieltäytymisoikeus on asiakkaan kannalta merkittävä, kun otetaan huomioon erityisesti se, että hänen maksettavakseen palvelusetelin yhteydessä tuleva omavastuu voi ylittää selvästi kunnan muulla tavoin järjestämästä vastaavasta palvelusta perimän maksun.

Palveluseteliin liittyvät kuluttajaoikeudelliset oikeusturvakeinot

Hallinnon asiakkaan oikeudesta saada neuvontaa säädetään hallintolaissa: viranomaisen on toimivaltansa rajoissa ja maksutta annettava asiakkailleen ”hallintoasian hoitamiseen liittyvää neuvontaa sekä vastattava asiointia koskeviin kysymyksiin ja tiedusteluihin” (hallintolain 8 §). Sosiaalihuollon henkilöstön jossain määrin pidemmälle menevästä neuvontatehtävästä säädetään sosiaalihuollon asiakaslaissa. Nämä säännökset ovat voimassa palvelun järjestämistavasta riippumatta.

Kuluttajaneuvontaan kunnan sosiaali- ja terveystalvelun käyttäjällä ei ole yleensä oikeutta, sillä hän ei ole kuluttajalainsäädännön tarkoittama kuluttaja. Tilanne on toinen silloin, kun kunta järjestää palvelun antamalla palvelun käyttäjälle palvelusetelin. Palvelun käyttäjä hankkii palvelusetelin avulla palvelun valitsemaltaan, kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta tekemällä

tämän kanssa (yksityisoikeudellisen) sopimuksen. Sopimussuhdetta koskevat palvelusetelilain mukaan ”sopimuksen sisällön mukaan määräytyvät kuluttajaoikeuden ja sopimusoikeuden säännökset ja oikeusperiaatteet” (6,2 §). Palvelusetelin avulla palvelun hankkinut asiakas on näin ollen oikeutettu kuluttajaneuvonnan palveluihin samoin perustein kuin puhtaasti yksityisiä (eli ns. markkinaperusteisia) palveluita käyttävä kuluttajakin (Hoffrén 2009 s. 58).

Palveluseteliä käyttävä asiakas voi myös saattaa erimielisyytensä palvelun tuottajan kanssa kuluttajariitalautakunnan käsiteltäväksi.²³ Kyseisen lautakunnan tehtävä on antaa ratkaisusuosituksia yksittäisiin erimielisyyksiin muun muassa elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisissä ”kuluttajahyödykesopimuksia koskevissa tai muissa kulutushyödykkeen hankintaan liittyvissä” asioissa, joita kuluttajat saattavat lautakunnan käsiteltäväksi (laki kuluttajariitalautakunnasta 7/2008 1 §:n 1 kohta). Vastaava mahdollisuus ei ole käytettävissä kunnan muulla tavoin järjestämiä palveluja, esimerkiksi yksityisiä ostopalveluja, koskevissa erimielisyyksissä, sillä niissä ei synny (yksityisoikeudellista) sopimussuhdetta palvelun käyttäjän ja palvelujen tuottajan välille.²⁴

Oikeudellinen vastuu palvelussa ilmenevästä virheestä

Vastuukysymykset ovat tärkeä osa julkisen sosiaali- ja terveyspalvelun käyttäjän oikeusturvaa. Vastuulla tarkoitetaan *vahingonkorvausvas-*

23. Hallituksen esitys laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 12 §:n muuttamiseksi (HE 20/2009 vp) s. 27 sekä Hoffrén 2009, 58. Ks. myös kuluttajariitalautakunnan päätös 12.10.2010 (3203/39/08), joka koski kunnallisella päivähoitotetelillä osaksi rahoitettua yksityistä päivähoitoa.

24. Kuluttajariitalautakunta katsoi päätöksessään 13.9.2007 (2395/38/06), ettei se ollut toimivaltainen käsittelemään asiaa, joka koski kunnan yksityiseltä ostopalveluna hankkimaa suun terveydenhuoltoa. Se perusteli tätä sillä, että kysymys oli kansanterveyslakiin perustuvasta kunnan lakisäätisestä tehtävästä eikä siten kuluttajansuojalaissa (38/1978) tarkoitettusta elinkeinon harjoittamisesta tai kuluttajahyödykesopimuksesta potilaan ja yksityisen palvelujen tuottajan välillä. Vastaavalla tavalla kuluttajariitalautakunnan päätös 14.7.2011 (3701/39/09).

tuuta ja rikosoikeudellista vastuuta. Jos joku on kärsinyt ”oikeudenloukkauksen tai vahinkoa” virkamiehen tai muun julkista tehtävää hoitavan henkilön lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi, hänellä on perustuslain mukaan oikeus vaatia tämän tuomitsemista rangaistukseen sekä vahingonkorvausta julkisyhteisöltä taikka virkamieheltä tai muulta julkista tehtävää hoitavalta siten kuin lailla säädetään (PL 118 §). Miten vastuu oikeudenloukkauksesta tai vahingosta määräytyy palvelujen eri järjestämistapojen kohdalla? Eroavatko järjestämistavat tässä suhteessa toisistaan? Kuka viime kädessä vastaa kunnan yksityistämän palvelun antamiseen liittyvästä virheestä ja siitä asiakkaalle mahdollisesti aiheutuneesta vahingosta? Miten vastuu jakautuu kunnan ja yksityisen palvelujen tuottajan välillä?

Puhtaasti julkiset ja puhtaasti yksityiset palvelut eroavat toisistaan siinä, miten vastuu palvelun virheestä tai muusta puutteesta (kuten viivästyksestä) ja siitä asiakkaalle aiheutuneesta vahingosta määräytyy. Kunnan ja muun julkisen palvelujen tuottajan vastuu perustuu vahingonkorvauslakiin (412/1974) ja on tuottamusvastuuta. Vastuun toteutuminen edellyttää näin ollen sitä, että virhe johtuu julkisyhteisön tai sen nimissä toimineen henkilön, esimerkiksi virkamiehen, huolimattomuudesta tai tahallisuudesta, joka vahingon kärsineen on näytettävä toteen. Vahingolla tarkoitetaan yleensä henkilö- tai esinevahinkoa. Varallisuusvahinko korvataan vain poikkeustapauksessa, kuten silloin, kun se on aiheutunut julkista valtaa käytettäessä. Korvausvastuuta julkisen vallan käytön yhteydessä rajoittaa toisaalta vahingonkorvauslain niin sanottu standardisäännös (3:2 §). Sen mukaan vastuu on olemassa vain, milloin ”toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole noudatettu”.

Puhtaasti yksityisiin palveluihin sovelletaan sopimusperusteista vastuuta. Siinä noudatettavaa käännettyä todistustaakkaa on pidetty asiakkaalle edullisempana kuin vahingonkorvauslain mukaista järjestelyä: vahinkoa aiheuttanut joutuu korvaamaan vahingon, jos ei

voi osoittaa, ettei vahinko johtunut hänen tuottamuksestaan. Lisäksi varallisivahinkojen korvaamista ei ole rajoitettu erityisedellytyksin. (Hemmo 2005, 3, 299; Hoffrén 2009, 52)

Kunnan yksityistämät sosiaali- ja terveyspalvelut sijoittuvat yksityisten ja julkisten palveluiden väliseen rajamaastoon, jossa vastuukysymykset ovat usein epäselviä. Lainsäädännön epäselvyys muodostaa jo itsessään oikeusturvaongelman, kuten asiaa selvittänyt *Mia Hoffrén* toteaa (Hoffrén 2009, 53, 62–63). Yksityiset ostopalvelut rinnastuvat kuitenkin tässä suhteessa kunnan itse tuottamiin palveluihin, kun taas palvelusetelin avulla hankitut palvelut ovat vastuukysymysten osalta aidosti sekamuotoisia, hybridejä: ne sisältävät piirteitä sekä puhtaasti julkisista että puhtaasti yksityisistä palveluista (emt. s. 48).

Lainsäädäntö ei vastaa suoraan siihen, miten vastuu kunnan ja yksityisen palvelujen tuottajan välillä jakautuu yksityisissä ostopalveluissa. Vakiintuneen tulkinnan mukaan vahingosta vastaa kuitenkin ensisijaisesti kunta ja vain poikkeuksellisesti – jos asiasta on esimerkiksi sovittu nimenomaisesti ostopalvelusopimuksessa – palvelun tuottaja.²⁵ Kunta vastaa siten ostopalvelun yhteydessä yksityisen sopimuskumppaninsa virheestä kuin omastaan, ellei toisin ole erikseen sovittu. Asiakkaan oikeus saada kunnalta korvaus virheen tai muun puutteen aiheuttamasta vahingosta määräytyy ostopalvelun yhteydessä samojen vahingonkorvauslakiin sisältyvien periaatteiden mukaisesti kuin kunnan itse tuottamissa palveluissa.

Samaa lähtökohta ei päde silloin, kun kunta järjestää palvelun antamalla palvelun käyttäjälle palvelusetelin. Sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä annettu laki viittaa pikemminkin siihen, että kunnan vastuu rajoittuu palvelusetelin yhteydessä vain sen omasta tuottamuksesta aiheutuneeseen vahinkoon. Vahinko voi johtua esimerkiksi siitä, että kunta ei ole palvelujen tuottajaa hyväksyessään varmistanut palvelujen laatua lain edellyttämällä tavalla. Tilanne voi olla sama silloin, kun kunta on jättänyt peruuttamatta

25. Hoffrén 2009, 45–48 ja siinä mainittu korkeimman oikeuden päätös *KKO:1998:79*. Ks. myös Wilhelmsson 2001, 279. Vrt. HE 335/2010 vp s. 4 ja 20.

palvelujen tuottajan hyväksymisen, vaikka hyväksymisedellytykset eivät enää täyty, ja tästä on aiheutunut asiakkaalle vahinkoa (HE 20/2009 vp s. 27).

Palvelusetelin saaneen asiakkaan ja yksityisen palvelujen tuottajan välisestä sopimussuhteesta johtuu, että palvelujen tuottaja vastaa asiakkaalle aiheutuneesta vahingosta samojen sääntöjen ja periaatteiden mukaisesti kuin se vastaa puhtaasti yksityisessä palvelussa. Palvelusetelilain 6 §:n mukaan kyseistä sopimussuhdetta koskevat sopimuksen sisällön mukaan määräytyvät kuluttajaoikeuden ja sopimusoikeuden säännökset ja periaatteet. Kysymys on siten sopimusperusteisesta vastuusta. Asiakas voi virhetapauksessa tilanteesta riippuen pitäytyä maksusta, vaatia virheen oikaisua tai uutta suoritusta, vaatia hinnanalennusta²⁶, vaatia korvausta sopimuksen rikkomisesta aiheutuneesta välittömästä vahingosta tai purkaa sopimuksen (HE 20/2009 vp s. 27). Asiakas voi Hoffrénin mukaan vaatia palvelujen tuottajalta korvausta välillisestäkin vahingosta, jos virhe tai muu puute johtuu palvelujen tuottajan huolimattomuudesta (Hoffrén 2009, 36–38, 50).

Selostetulla erottelulla vahingonkorvauslakiin perustuvan vastuun ja sopimusperusteisen vastuun välillä ei ole merkitystä potilasvahingoissa, joita säätelee oma lakinsa (potilasvahinkolaki 585/1986). Potilasvahingolla tarkoitetaan henkilövahinkoa. Potilasvahinkolaki koskee sekä julkista että yksityistä terveyden- ja sairaanhoitoa. Se velvoittaa jokaisen Suomessa terveyden- tai sairaanhoitotoimintaa harjoittavan ottamaan vakuutuksen potilasvahinkojen varalta. Potilasvahingon korvaaminen ei edellytä tuottamusta, vaan perusteena käytetään niin sanottua kokeneen ammattihenkilön ammatillista standardia. Korvausta potilasvahingosta suoritetaan sen mukaan, jos vahinko on todennäköisesti aiheutunut ”tutkimuksesta, hoidosta

26. Hinnanalennuksen yhteydessä joudutaan ottamaan huomioon se seikka, että kunta maksaa osan palvelun hinnasta antamalla asiakkaalle palvelusetelin. Hoffrénin mukaan alennus tulee antaa ensisijaisesti asiakkaalle, koska erityisesti hän kärsii palvelun huonosta laadusta. Jos alennuksen määrä ylittää asiakkaan omavastuun, ylimenevä osuus kuuluu kunnalle. (Hoffrén 2009, 50–51.)

tai muusta vastaavasta käsittelystä taikka sellaisen laiminlyönnistä edellyttäen, että kokenut terveydenhuollon ammattihenkilö olisi tutkinut, hoitanut tai muutoin käsitellyt potilasta toisin ja siten todennäköisesti välttänyt vahingon” (potilasvahinkolain 2,1 §:n 1 kohta).

Toisentyyppisiä vaikutuksia palvelun yksityistämisellä on rikosoikeudellisen virkavastuun määräytymiseen ja laajuuteen. Virkarikoksista säädetään rikoslain 40 luvussa. Tässä yhteydessä merkityksellisiä ovat rikoslaissa tarkoitetut virkavelvollisuuden rikkominen (tahallinen ja tuottamuksellinen) sekä virkasalaisuuden rikkominen (tahallinen ja tuottamuksellinen). Enimmäisrangaistus ensin mainitusta on vuosi vankeutta ja jälkimmäisestä kaksi vuotta vankeutta. Seurauksena voi olla kummassakin tapauksessa lisäksi viraltapano siinä tapauksessa, että rikos osoittaa virkamiehen ilmeisen sopimatomaksi tehtävänsä.

Virkarikokseen voi syllistyä vain virkamies, jolla tarkoitetaan rikoslaissa esimerkiksi kuntaan tai kuntayhtymään virkasuhteessa olevaa henkilöä. Rikosoikeudellinen virkavastuu koskee virkasuhteessa olevaa hänen kaikissa tehtävissään. Yksityisen palveluksessa olevaan työntekijään samoin kuin itsenäiseen ammatinharjoittajaan kyseinen vastuu ulottuu vain silloin, kun tämä käyttää lain nojalla julkista valtaa. Sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottaminen ei edellytä tavallisesti julkisen vallan käyttöä. Poikkeuksen muodostavat sosiaali- ja terveydenhuollon laitoksissa sovellettavat erityiset rajoitukset ja pakotteet, kuten eristäminen ja henkilöntarkastus, joilla puututaan jokaiselle kuuluviin perus- ja ihmisoikeuksiin. Niitä koskevaa päätösvaltaa voi esimerkiksi lastensuojelulain mukaan kuulua myös yksityisen palveluksessa olevalle työntekijälle silloin, kun kunta hankkii lastensuojelupalveluja yksityiseltä palvelujen tuottajalta.

Palvelun yksityistäminen kaventaa rikosoikeudellisen virkavastuun alaa etenkin siinä tapauksessa, että palvelun tuottamisesta ovat aikaisemmin huolehtineet kuntaan virkasuhteessa olevat henkilöt. Vastuu koskee heitä tehtävän sisällöstä riippumatta, mutta yksityisen

palvelujen tuottajan työntekijöitä se koskee vain näiden käyttäessä julkista valtaa. Muutos on pienempi silloin, kun tehtävää ovat ennen yksityistämistä hoitaneet kuntaan työsuhteessa olevat henkilöt. Tämä lienee käytännössä tavallinen tilanne. Virkavastuu koskee julkisyhteisön työntekijää hänen käyttäessään julkista valtaa mutta myös – ja erotuksena yksityisen palveluksessa olevasta työntekijästä – hänen muissa tehtävissään eräiden rikoslain 40 luvussa tarkoitettujen rikosten osalta. Tällainen rikos on esimerkiksi virkasalaisuuden rikkominen (mutta ei virkavelvollisuuden rikkominen). Yksityisen palveluksessa oleva työntekijä voi joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen virkasalaisuudenkin rikkomisesta vain julkista valtaa käyttäessään.

Rikosoikeudellisen virkavastuun alan kaventuminen tarkoittaa myös oikeusturvakeinon käyttöalan kaventumista. Kysymys on itsenäisestä syyteoikeudesta, jonka perustuslaki vahvistaa jokaiselle, joka on kärsinyt oikeudenloukkauksen tai vahinkoa virkamiehen tai muun julkista tehtävää hoitavan henkilön lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi.

Johtopäätöksiä

Artikkelissa on tarkasteltu kunnan lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistämistä. Tavoitteena on ollut luoda yleiskatsaus käsiteltäviin asioihin eikä niinkään analysoida syvällisesti niihin sisältyviä yksittäisiä tulkintapulmia. Pyrkimys on ollut myös kartoittaa palvelujen yksityistämiseen liittyviä oikeudellisia ongelmia sekä osoittaa, minkä tyyppiset kysymykset kaipaavat tarkempaa selvittämistä.

Yksityistämisellä tarkoitetaan artikkelissa kahta kunnan käytössä olevaa sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämistapaa: palveluiden järjestämistä yksityisinä ostopalveluina ja niiden järjestämistä

palvelusetelin avulla. Ensin mainitussa tapauksessa kunta tekee palveluhankinnasta ostopalvelusopimuksen (yksityisen) palvelujen tuottajan kanssa. Jälkimmäisessä tapauksessa kunta antaa palvelun käyttäjälle palvelusetelin, jolla se sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjän kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta hankkiman palvelun kunnan päättämään arvoon asti.

Yksityistämisen oikeudellisia edellytyksiä on tarkasteltu kolmen oikeudellisen käsitteen avulla (julkinen hallintotehtävä, julkisen vallan käyttö, merkittävä julkisen vallan käyttö). Koska lakisääteiset sosiaali- ja terveyspalvelut ovat perustuslain 124 §:n tarkoittamia julkisia hallintotehtäviä, niiden antamista muulle kuin viranomaiselle koskevat pykälässä vahvistetut edellytykset ja rajoitukset. Yksityistäminen on mahdollista vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Nämä edellytykset sitovat myös kuntaa, kun se päättää hankkia palvelun yksityiseltä palvelujen tuottajalta.

Palveluiden järjestämistä koskevat kuntalain sekä sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain (STVOL) säännökset eivät oikeuta kuntaa antamaan yksityiselle sellaista tehtävää, joka sisältää julkisen vallan käyttöä. Julkisen vallan käytön ydinalueen muodostavat päättäminen yksityisen oikeudesta, edusta tai velvollisuudesta sekä puuttuminen muulla tavoin yksipuolisesti yksityisen oikeusasemaan. Julkisen vallan käytön intensiteetti vaihtelee tilanteittain, eikä aina ole helppo arvioida sitä, sisältääkö tehtävä julkisen vallan käyttöä vai ei. Pulmaa on valotettu artikkelissa terveyspalveluihin liittyvien ajankohtaisten esimerkkien avulla. Täysin yksiselitteistä ja yleispätevää kriteeriä julkisen vallan käytölle ei liene esitettävissä, sillä arviointiin vaikuttavat myös tapauskohtaiset seikat.

Sama koskee merkittävää julkisen vallan käyttöä, jota sisältävä tehtävä voi kuulua perustuslain mukaan vain viranomaiselle. Sosiaali- ja terveydenhuollossa merkittävää julkisen vallan käyttöä

sisältyy tahdosta riippumattomista toimista päättämiseen. Lisäksi muun muassa mielenterveyslaissa ja lastensuojelulaissa säädetään erityisistä rajoituksista (kuten eristämisestä), joilla puututaan sosiaali- ja terveydenhuollon laitoksessa olevan henkilön perus- ja ihmisoikeuksiin. Huomattavaan osaan näistä toimista voidaan katsoa sisältyvän sellaista merkittävää julkisen vallan käyttöä, jonka antamisen yksityiselle perustuslaki kieltää. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva lainsäädäntö on tässä suhteessa osaksi puutteellinen, eikä asiaan ole ehkä kiinnitetty aina riittävästi huomiota lainsäädäntöä sovellettaessakaan.

Artikkelin toisessa osassa on tarkasteltu lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistämisen vaikutuksia palvelujen käyttäjän oikeusasemaan. Yleinen arvio on, että vaikutukset eivät ole kovin merkittäviä mutta eivät merkityksettömiäkään. Lainsäädäntö asettaa kunnan järjestämisvelvollisuuteen kuuluville palveluille samat laatuvaatimukset siitä riippumatta, millä tavoin kunta palvelun järjestää. Kunnan tulee valvoa yksityistämiensä palveluiden laatua.

Palvelun järjestämistavalla ei ole yleensä merkitystä palvelun käyttäjän käytössä olevien vaikutus- ja oikeusturvakeinojen kannalta. Tärkeä syy on se, että hallinto-oikeudellinen samoin kuin sosiaali- ja terveydenhuollon lainsäädäntö asettaa monessa tapauksessa yksityiselle palvelun tuottajalle samat hyvää hallintoa, perusoikeuksia ja oikeusturvaa koskevat velvoitteet kuin viranomaiselle silloin, kun yksityinen osallistuu kunnan järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvan palvelun toteuttamiseen.

Merkittävimmin palvelun yksityistäminen vaikuttaa sosiaali- ja terveyspalvelun käyttäjän asemaan tilanteessa, jossa yksityistämisketjona käytetään palveluseteliä. Palveluseteli on irrotettu sitä koskevassa laissa sosiaali- ja terveyspalvelujen asiakasmaksujärjestelmästä. Palvelun käyttäjän kannalta tämä tarkoittaa, että hän voi joutua maksamaan tällä tavoin järjestetystä palvelusta enemmän kuin kunnan muulla tavoin järjestämästä vastaavasta palvelusta. Asiakkaan turvaksi on luotu lainsäädännössä joitakin tasapainottavia elementtejä, joista

yksi on hänen oikeutensa kieltäytyä hänelle tarjotusta palvelusetelistä, jolloin kunnan tulee järjestää palvelu muulla tavalla.

Kunnalta palvelusetelin saanut asiakas on oikeutettu kuluttajaneuvontaan, ja hän voi myös saattaa palvelun sisältöä tai laatua koskevan erimielisyyden kuluttajariitalautakunnan käsiteltäväksi samoin perustein kuin puhtaasti yksityisiä eli markkinaperusteisia palveluja käyttävä kuluttaja. Tämä perustuu sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä annettuun lakiin. Vastaavat kuluttajaoikeudelliset keinot eivät ole käytettävissä silloin, kun kunta tuottaa palvelun itse tai kun se tekee ostopalvelusopimuksen (yksityisen) palvelun tuottajan kanssa.

Palvelusetelin avulla hankittu palvelu rinnastuu puhtaasti yksityiseen palveluun myös silloin, kun kysymys on siinä olevan virheen tai muun puutteen asiakkaalle aiheuttaman vahingon korvaamisesta. Palvelun tuottaja vastaa palvelusetelin yhteydessä aiheuttamastaan vahingosta samojen periaatteiden mukaisesti kuin yksityisissä palveluissa. Kysymys on sopimusperusteisesta vastuusta. Vastaavasti kunnan vahingonkorvausvastuu on palveluseteliä käytettäessä rajoitetumpaa kuin kunnan muulla tavoin järjestämissä palveluissa. Vastuunjaosta ei ole säädetty erikseen sosiaali- ja terveystalouden palveluissa koskevassa lainsäädännössä, ja asiasta on esitetty myös toisenlaisia tulkintoja.

Palvelun yksityistäminen vaikuttaa myös rikosoikeudelliseen virkavastuuseen kaventaen tässä tapauksessa vastuun alaa. Merkitystä ei ole tällöin sillä, käytetäänkö yksityistämiskeinona ostopalvelusopimusta vai palveluseteliä. Rikosoikeudellinen virkavastuu koskee yksityisen palveluksessa olevaa työntekijää vain tämän käyttäessä julkista valtaa. Koska sosiaali- ja terveystalouden palvelujen tuottaminen edellyttää julkisen vallan käyttöä vain poikkeustapauksessa, tämä vastuumuoto ei yleensä konkretisoidu yksityistettyjen palveluiden kohdalla. Laajemmin rikosoikeudellista virkavastuuta sovelletaan kuntaan tai muuhun julkisyhteisöön työsuhteessa olevaan henkilöön ja laajimmin julkisyhteisöön virkasuhteessa olevaan henkilöön.

Viimeksi mainittua rikosoikeudellinen virkavastuu koskee hänen kaikissa tehtävissään. Missä määrin palvelun yksityistäminen ka-ventaa konkreettisessa tapauksessa rikosoikeudellisen virkavastuun alaa, riippuu siten siitä, onko vertailukohteena kuntaan virka- vai työsuhteessa oleva henkilö.

Kun asiaa arvioidaan palvelun käyttäjän kannalta, palveluseteli näyttäätyy artikkelin perusteella monessa suhteessa julkisen ja yksityisen palvelun välimuotona, hybridinä, kun taas yksityinen ostopalvelu rinnastuu selvemmin kunnan itse tuottamaan palveluun. Kunta ja yksityinen palvelujen tuottaja voivat tosin ostopalvelusopimuksessa sopia siitä, miten vahingonkorvausvastuu jakautuu niiden kesken mahdollisessa virhetapauksessa. Joidenkin palveluseteliin liittyvien erityispiirteiden voidaan arvioida parantavan ja joidenkin taas heikentävän sosiaali- ja terveyspalvelun käyttäjän asemaa, jos vertailukohteeksi otetaan palvelun muut järjestämistavat. Arvio perustuu artikkelissa sovellettuun oikeudelliseen näkökulmaan; esimerkiksi sosiaalipolitiikan näkökulmasta voidaan päätyä toisenlaisiinkin arvioihin (Palola 2011).

Kirjallisuus

- Fredriksson, S. & Martikainen, T. (2006) Kilpailuttamisen kokemukset. Helsinki: Kunnallissalan kehittämissäätiö.
- Hemmo, M. (2005) Vahingonkorvausoikeus. Helsinki: WSOYpro.
- Hoffrén, M. (2009) Julkisen hyvinvointipalvelun asiakkaan oikeudellinen asema. Kuluttajaoikeudellinen selvitys. Helsinki: Oikeusministeriö.
- Huhtanen, R. (2005) Sosiaali- ja terveydenhuollon yksityiset ostopalvelut ja perustuslain 124 §. Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945 – 14/10 –2005, s. 125–144. Joensuu: Joensuun yliopisto.
- Keravuori-Rusanen, M. (2008) Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtio- sääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Helsinki: Edita.

- Komulainen, M. (2010) Ulkoistaminen kunnissa. Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.
- Lith, P. (2011) Kohdennetut maksuvälineet ja asiakkaan valinta kansantaloudessa. Selvitys palveluseleleistä ja palvelusetelityyppisistä järjestelmistä yksityisellä ja julkisella alalla. Helsinki: Työ- ja elinkeinoministeriö.
- Lämsineva, P. & Koillinen, M. (2010) Julkinen hallintotehtävä, elinkeinon harjoittamisen vapaus ja luotsaustoiminta. Hallinto ja hallintolainkäyttö. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950 – 28/8 – 2010, s. 443–475. Turku: Turun yliopisto.
- Palola, E. (2011) Valinnanvapaus saattaa lisätä eriarvoisuutta. Helsingin Sanomat 6.2.2011 (Vieraskynä).
- Rasinmäki, J. (1997) Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Tuori, K. (1998) Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXI, s. 295–348. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Tuori, K. & Kotkas, T. (2008) Sosiaalioikeus. Helsinki: WSOYpro.
- Wilhelmsson, T. (2001) Senmoderna ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Helsinki: Kauppakaari.